

## РАЗНОЕ

### **Юлия Константиновна Бекетова**

*младший научный сотрудник кафедры международного права СПбГУ,  
тренер команды СПбГУ для участия в конкурсе по праву прямых  
иностранных инвестиций 2015 года*

*y.beketova@spbu.ru*

### **Мария Юрьевна Стрекалова**

*аспирант СПбГУ по направлению «Юриспруденция»,  
тренер команды СПбГУ для участия в конкурсе по праву  
прямых иностранных инвестиций 2015 года*

*maria.streckalova@gmail.com*

### **Алиса Александровна Бесова**

*обучающаяся СПбГУ по программе бакалавриата «Юриспруденция»,  
член команды СПбГУ для участия в конкурсе по праву прямых  
иностранных инвестиций 2015 года*

*besova\_alisa@mail.ru*

### **Алексей Владимирович Савенков**

*обучающийся СПбГУ по программе бакалавриата «Юриспруденция»,  
член команды СПбГУ для участия в конкурсе по праву прямых  
иностранных инвестиций 2015 года*

*alexey.savenkov94@gmail.com*

### **Светлана Андреевна Соколова**

*обучающаяся СПбГУ по направлению «Юриспруденция»  
по программе магистратуры «Налоговое право»,  
член команды СПбГУ для участия в конкурсе по праву прямых  
иностранных инвестиций 2015 года*

*svetlanasokolova.hog@gmail.com*

## **ПРОБЛЕМЫ ИЗМЕНЕНИЯ «ЗЕЛЕННЫХ» ТАРИФОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ (КОНКУРС ПО ПРАВУ ПРЯМЫХ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В 2015 ГОДУ)**

Статья посвящена анализу аргументов сторон инвестиционного спора, возникшего в связи с изменением государственного регулирования инвестиций. В частности, раскрываются критерии установления нарушения гарантий режима справедливого и равного отношения к инвестору и освобождения государства от ответственности за нарушение обязательств. Кроме того, в контексте потенциального конфликта двусторонних и многосторонних международных обязательств государств

рассматривается вопрос о юрисдикции арбитража по спорам, где ответчиками выступают государства — члены интеграционных объединений. Авторы отмечают, что наличие юрисдикции арбитражей может создавать угрозу единству правопорядка интеграционного объединения. Нарушение прав иностранного инвестора на справедливое и равное отношение анализируется в плане права государства на законодательное регулирование. Авторы раскрывают факторы, рассматриваемые при анализе нарушения, отмечая, что рациональность поведения инвестора подлежит оценке наряду с остальными обстоятельствами. Кроме того, при разрешении инвестиционных споров государства-реципиенты вправе ссылаться на изменение регулирования ввиду состояния необходимости, являющегося основанием освобождения от ответственности. Авторы приходят к выводу, что включение в международный договор отдельного положения о праве государства принимать соответствующие меры позволяет определить объем доказывания наличия этого состояния. Проведенное исследование ставит вопрос о необходимости пересмотра инвестиционного регулирования в России.

*Ключевые слова: прямые иностранные инвестиции, защита прав иностранного инвестора, режим справедливого и равного обращения, состояние необходимости*

Студенческая команда СПбГУ с 2008 г. ежегодно участвует в Международном конкурсе по праву прямых иностранных инвестиций (далее — конкурс)<sup>1</sup>. Он проводится в форме игрового судебного процесса, моделирующего рассмотрение в арбитраже международного инвестиционного спора между инвестором и принимающим государством. На первом этапе команды готовят письменные правовые позиции для каждой из сторон спора, а на втором — устно представляют их перед составом арбитров.

В 2015 г. конкурс проходил в *Kings' College* в Лондоне, участие в нем приняло 68 университетов. В основе дела лежали обстоятельства по изменению «зеленого» тарифа — субсидии, предоставляемой государствами — членами Европейского союза (далее — ЕС) в рамках европейской политики энергетической безопасности инвесторам для строительства системы солнечных панелей, обеспечивающей производство электрической энергии на основе использования возобновляемых источников энергии (далее — ВИЭ). Эта проблема была выбрана неслучайно: в настоящее время насчитывается 39 параллельных международных арбитражных процессов, связанных с такого рода иностранными инвестициями в государства ЕС<sup>2</sup>. Основные вопросы, рассматриваемые в таких делах, и было предложено оценить участникам конкурса 2015 г. Среди них:

<sup>1</sup> Подробнее о конкурсе см.: URL: <http://law.spbu.ru/mootcourts/FDIMoot.aspx>.

<sup>2</sup> 27 дел против Испании, 7 дел против Чешской Республики и 5 дел против Италии. О производствах против Королевства Испания см.: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2>.

1) обладает ли инвестиционный арбитраж юрисдикцией, когда режим инвестиций регулируется одновременно двусторонним инвестиционным договором и договором об интеграционном объединении;

2) когда изменение «зеленого» тарифа является нарушением режима справедливого и равного отношения к инвестору;

3) может ли государство ссылаться на состояние необходимости как основание освобождения от ответственности за нарушение режима справедливого и равного отношения к инвестору?

Рассмотрим эти вопросы подробнее.

### **Обладает ли инвестиционный арбитраж юрисдикцией, когда режим инвестиций регулируется одновременно двусторонним инвестиционным договором и договором об интеграционном объединении?**

Вопрос о действии двусторонних инвестиционных договоров, которые государства заключили до вступления в интеграционные объединения, и договоров о функционировании таких объединений и, как следствие, о наличии юрисдикции у инвестиционных арбитражей<sup>3</sup> не является однозначным в практике европейских государств.

Так, ряд государств<sup>4</sup> полагает, что двусторонние инвестиционные договоры могут продолжать действовать без ущерба для права ЕС. Комиссия ЕС, в свою очередь, придерживается мнения, что существует коллизия между правом ЕС и регулированием таких договоров, которую необходимо устранить<sup>5</sup>. Эту позицию поддерживает Италия<sup>6</sup>, которая расторгла подобный договор, достигнув соглашения со второй договаривающейся стороной (ст. 54(б) Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Венская конвенция)). Иного мнения придерживаются Словакия<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Юрисдикция арбитража по инвестиционному спору основывается на согласии государства, выраженном в инвестиционном договоре, и изъятии воли инвестором при подаче иска.

<sup>4</sup> Например, Австрия и Нидерланды.

<sup>5</sup> См.: Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments. URL: <http://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgt4vgwwr>. § 16.

<sup>6</sup> См.: IAREporter news. URL: <http://www.iareporter.com/articles/investigation-italy-is-the-eus-model-citizen-when-it-comes-to-following-european-commission-demands-to-terminate-intra-eu-investment-treaties/>.

<sup>7</sup> См.: Eureka B.V. v. The Slovak Republic: PCA Case № 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension from 26 Oct. 2010. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>; European American Investment Bank AG (EURAM) v. The Slovak Republic: PCA Case №2010-17, Award on Jurisdiction from 22 Oct. 2012. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4226.pdf>.

и Чехия<sup>8</sup> — ответчики по ряду исков в инвестиционных арбитражах; они полагают, что двусторонние инвестиционные договоры настолько несовместимы с правом ЕС, что прекратили свое действие на основании ст. 59 Венской конвенции в связи с заключением последующего договора — Договора о функционировании ЕС.

Однако существование параллельных систем регулирования и механизмов защиты инвестиций создает потенциальную угрозу единству правопорядка ЕС. Так, при наличии двусторонних инвестиционных договоров регулирование, принятое государством — членом ЕС во исполнение директивы ЕС, может стать предметом рассмотрения в арбитраже. При этом арбитраж будет применять и толковать право ЕС самостоятельно. А Суд Европейского союза в этом случае не сможет реализовать функцию «стража» права ЕС<sup>9</sup>, так как решения арбитражей не могут быть обжалованы в этот Суд.

Включение в Договор о функционировании ЕС положений об инвестициях ставит вопрос о прекращении в соответствии с нормами международного права о последствиях заключения последующего договора ранее действовавшего механизма защиты инвестиций.

Тогда как ст. 351 Договора о функционировании ЕС устанавливает правило о соотношении этого договора с договорами, заключенными государствами — членами ЕС до их присоединения к ЕС с третьими государствами, вопрос о его соотношении со ставшими «внутренними» двусторонними инвестиционными договорами остается открытым.

Для ответа на него обратимся к ст. 59 Венской конвенции, которая устанавливает три кумулятивных условия для прекращения предшествующего договора в связи с заключением последующего: 1) совпадение сторон договоров; 2) однородность предмета регулирования; 3) намерение сторон регулировать свои отношения последующим договором или невозможность одновременного применения положений обоих договоров по причине их несовместимости<sup>10</sup>. Аргументы государств-ответчиков со ссылкой на эту статью становились предметом рассмотрения арбитражей. Их анализ привел к единому во всех делах выводу об отсутствии оснований для ее применения.

Так, в деле *Eastern Sugar v. The Czech Republic* арбитраж, оценивая критерий *однородности правового регулирования*, указал, что необходимо анализировать содержание договоров и недостаточно установить простое совпадение предмета. По этой причине, по его мнению, Договор о функционировании ЕС и двусторонние инвестици-

<sup>8</sup> См.: *Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic*: SCC №088/2004, Partial Award from 27 March 2007. URL: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf); *Binder v. The Czech Republic*: UNCITRAL Arbitration Proceedings, Award on Jurisdiction from 6 June 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4214.pdf>.

<sup>9</sup> Согласно ст. 267 Договора о функционировании ЕС исключительной компетенцией окончательного толкования права ЕС обладает Суд Европейского союза.

<sup>10</sup> Сторона, заявляющая о прекращении договора по такому основанию, также должна соблюсти процедуру, установленную ст. 65 Венской конвенции.

онные договоры *регулируют разные вопросы*: первый устанавливает право инвестировать и условия для осуществления инвестиций, в то время как вторые — правовой режим и защиту уже осуществленных инвестиций<sup>11</sup>.

В деле *EURAM v. The Slovak Republic* арбитраж оценивал *намерение сторон регулировать правоотношения последующим международным договором*. Было отмечено, что намерение сторон может явно или неявно следовать из текста международного договора или поведения государств. Исследовав тексты Соглашения об ассоциации с ЕС, Договора о присоединении к ЕС, двустороннего инвестиционного договора между Словакией и Австрией, заявления Комиссии ЕС по аналогичным делам, а также позицию государства регистрации истца, арбитраж пришел к выводу, что стороны не имели намерения заменить предусмотренное двусторонним инвестиционным договором регулирование<sup>12</sup>.

В третьем деле, *Eureko v. The Slovak Republic*, арбитраж оценивал, являются ли положения Договора о функционировании ЕС и двусторонних инвестиционных договоров *настолько несовместимыми, что исключается их одновременное применение*. По его мнению, для положительного ответа на данный вопрос необходимо доказать, что исполнение обязательств по одному договору приведет к нарушению обязательств по второму. В результате сравнительного анализа ключевых положений названных договоров арбитры пришли к выводу, что, хотя двусторонний инвестиционный договор предоставляет большие гарантии по сравнению с правом ЕС, это, однако, не может быть основанием для отказа в предоставлении инвесторам более высокого уровня защиты<sup>13</sup>. Парируя аргумент государства-ответчика о необходимости обеспечения равного режима внутри ЕС и соблюдения гарантии недискриминации<sup>14</sup>, арбитраж указал, что государство — член ЕС вправе предоставить всем инвесторам других государств — членов ЕС аналогичные права и, следовательно, обязательства по двусторонним инвестиционным договорам и Договору о функционировании ЕС могут быть исполнены одновременно. Таким образом, государство оказывается в ситуации выбора между нарушением более позднего обязательства и предоставлением прав большему, чем ранее, кругу лиц. Это показывает важность оценки последствий принятия новых обязательств и их соотношения с существующими международными обязательствами при заключении последующего договора.

В настоящее время можно говорить о сложившейся устойчивой практике по вопросу о наличии юрисдикции у арбитража по инвестиционным спорам внутри ЕС. Однако во избежание новых процессов Комиссия ЕС продолжает настаивать на необходимости расторжения двусторонних инвестиционных договоров. В рамках этой политики Комиссия ЕС инициировала производства о нарушении права ЕС в отношении государств — членов ЕС, имеющих действующие двусторонние инвестици-

---

<sup>11</sup> См.: *Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic*. § 159–166.

<sup>12</sup> См.: *EURAM v. The Slovak Republic*. § 186–210.

<sup>13</sup> См.: *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*. § 263.

<sup>14</sup> *Ibid.* § 266–267.

онные договоры<sup>15</sup>. Рекомендации Комиссии ЕС расторгать эти договоры, передача полномочий по регулированию прямых иностранных инвестиций на уровень ЕС<sup>16</sup>, предложение ЕС по созданию постоянного суда для разрешения инвестиционных споров<sup>17</sup> — этапы становления системы, обеспечивающей подконтрольное органам ЕС применение права Европейского союза.

Иным образом решается эта проблема в другом интеграционном образовании — Евразийском экономическом союзе (далее — ЕАЭС).

Порядок разрешения споров между инвестором и государством — реципиентом ЕАЭС также закреплён в нескольких параллельно действующих международных договорах. Для России этот вопрос интересен на примере отношений с Арменией, которые продолжают регулироваться Соглашением между Правительством РФ и Правительством Республики Армения о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 15.09.2001, Соглашением о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах — членах Евразийского экономического сообщества от 12.12.2008 и Договором о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014.

Регулирование отношений во всех указанных соглашениях выстроено по модели, прямо допускающей рассмотрение споров различными органами<sup>18</sup>. Совпадение средств защиты обуславливает отсутствие коллизии<sup>19</sup>, но их многообразие может породить именно ту ситуацию, которой ЕС стремится избежать, а именно неоднообразное применение права интеграционного объединения.

### **Когда изменение «зеленого» тарифа является нарушением режима справедливого и равного отношения к инвестору?**

Для обеспечения собственной энергетической безопасности и принятия мер по предотвращению изменения климата ряд государств — членов ЕС стимулировали

<sup>15</sup> См.: European Commission — Press release. URL: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm).

<sup>16</sup> См.: ст. 207 Договора о функционировании ЕС.

<sup>17</sup> См.: European Commission — Press release. URL: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6059\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm).

<sup>18</sup> Согласно п. 2 ст. 9 Соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах — членах Евразийского экономического сообщества от 12.12.2008 и п. 85 Приложения 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе спор может быть передан по выбору инвестора на рассмотрение: а) компетентного суд государства-реципиента; б) международного коммерческого арбитража при торговой палате любого государства, согласованного участниками спора; в) арбитражного трибунала *ad hoc*; г) Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, если оба государства сторон спора являются участниками Вашингтонской конвенции 1965 г.

<sup>19</sup> Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Армения о поощрении и взаимной защите капиталовложений не содержит указания на возможность передачи спора в международный коммерческий арбитраж при торговой палате любого из государств. Однако данное несовпадение в средствах защиты нивелируется в силу распространения действия Договора о Евразийском экономическом союзе на инвестиции, осуществленные инвесторами государств-членов на территории другого государства-члена с 16 декабря 1991 г.

привлечение инвестиций в сектор возобновляемых источников энергии<sup>20</sup>. Они гарантировали инвесторам наличие «зеленого» тарифа в фиксированном размере на длительный период. Хотя такая мера обеспечила приток инвестиций, включая иностранные, она через некоторое время была признана несостоятельной как чрезмерно обременительная для государств и обеспечивающая сверхприбыли инвесторам на фоне удешевления используемых технологий. В результате размер «зеленого» тарифа был скорректирован<sup>21</sup>.

Подобная реакция — изменение правового регулирования в ответ на экономические и технологические вызовы — обычна и разумна для социально ответственного государства, однако она должна быть соотнесена с установленным двусторонним инвестиционным договором обязательством государства по обеспечению режима справедливого и равного отношения к инвестору<sup>22</sup>.

Хотя режим справедливого и равного отношения к инвестору неотделим от фактических обстоятельств конкретного инвестиционного спора<sup>23</sup>, определяющими будут следующие факторы.

Во-первых, в международных соглашениях обычно закрепляется общая обязанность государств по соблюдению режима справедливого и равного отношения к инвестору, при этом его содержание не раскрывается<sup>24</sup>. Практика государств так и не сформировала единого понимания его содержания. Так, в государствах — участниках Североамериканского соглашения о свободной торговле режим справедливого и равного отношения к инвестору традиционно толкуется в привязке к минимальному стандарту, установленному международным обычным правом<sup>25</sup>. А для стран ЕС такой режим — это самостоятельный стандарт с качественно иным уровнем гарантий<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Привлечение инвестиций для производства электрической энергии из возобновляемых источников путем субсидирования производителей активно осуществляется в Германии, Франции, Испании. См. также: Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>.

<sup>21</sup> Снижение стоимости технологий и затрат на производство привело к пересмотру тарифа в Испании, Италии, Чехии.

<sup>22</sup> См., напр.: двусторонние инвестиционные договоры, Договор к Энергетической хартии 1991 г., Североамериканское соглашение о свободной торговле. Отметим, что унифицированный подход к пониманию режима справедливого и равного отношения к инвестору не выработан.

<sup>23</sup> См.: *Mondev International Ltd. v. United States of America*: ICSID Case №ARB(AF)/99/2, Award from 11 Oct. 2002. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>. § 118; *Waste Management, Inc. v. Mexico*: ICSID Case №ARB(AF)/00/3, Award from 30 Apr. 2004. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>. § 99.

<sup>24</sup> См., напр.: ст. 2 двустороннего инвестиционного договора между Австрией и Египтом.

<sup>25</sup> Подробнее см.: *Kalicki J., Medeiros S.* Fair, Equitable and Ambiguous: What Is FET in International Investment Law // 22 ICSID Rev. 2007. № 24. P. 42.

<sup>26</sup> См., напр.: *Schreuer C.* Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice // 6 JWIT. 2005. № 3. P. 357, 363-34.



Следовательно, арбитраж каждый раз определяет содержание режима справедливого и равного отношения к инвестору согласно тому международному договору, который лежит в основе иска.

Во-вторых, рассматривая иски о нарушении режима справедливого и равного отношения к инвестору, арбитражи всегда оценивают социально-экономическую и политическую ситуацию в государстве-реципиенте. Так, законные ожидания инвестора как элемент этого режима в условиях стабильной экономики (например, в США) и во время восточноазиатского кризиса в Малайзии будут различны по своему содержанию.

В-третьих, арбитраж устанавливает наличие определенного правового режима для инвесторов. Под правовым режимом здесь понимается совокупность национальных нормативных актов, закрепляющих гарантии и механизмы, привлекающие инвестиции. В ЕС «зеленый» тариф, как правило, закреплялся законом в фиксированном размере на длительный период<sup>27</sup>. Последнее рассматривалось инвесторами в качестве гарантии неизменности правового режима.

Эти факторы являются необходимыми условиями для ответа на традиционный для исков о нарушении режима справедливого и равного отношения к инвестору (включая дела о «зеленых» тарифах) вопрос о поиске баланса между защитой законных ожиданий инвестора и суверенным правом государства на регулирование отношений на его территории. Арбитражи в таких случаях оценивают совокупность двух обстоятельств. Во-первых, действия инвестора — обстоятельства принятия им решения по инвестированию в условиях существующей экономическо-политической обстановки с учетом сопутствующих предпринимательских рисков<sup>28</sup>. Во-вторых, действия государства по привлечению инвестиций, включая установление государством «особого обязательства» в отношении инвестора<sup>29</sup> и наличие стабилизационной оговорки<sup>30</sup>.

Так, в деле *El Paso v. Argentina* арбитраж оценивал действия инвестора в свете законного ожидания стабильного и предсказуемого регулирования в принимающем государстве<sup>31</sup>. С одной стороны, инвестор, принимая решение по осуществлению инвестиций, вправе рассчитывать, что изменения законодательства не будут носить произвольный характер, т.е. будут необходимыми в конкретной ситуации<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> См., напр.: Royal Decree of Spain № 661/2007. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10556>.

<sup>28</sup> См.: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile: ICSID Case № ARB/01/7, Award from 25 May 2004. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>. § 178.

<sup>29</sup> См.: El Paso Energy International Company v. Argentina: ICSID Case № ARB/03/15, Award from 31 Oct. 2011. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>. § 375.

<sup>30</sup> См.: Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania: ICSID Case № ARB/05/8, Award from 11 Sep. 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>. § 332.

<sup>31</sup> См.: El Paso v. Argentina. § 375, 377.

<sup>32</sup> Ibid. § 372, 400.



С другой стороны, он не вправе законно ожидать, что обстоятельства, существовавшие в момент инвестирования, навсегда останутся неизменными<sup>33</sup>. Данный вывод является ключевым для решения вопроса о формировании законных ожиданий инвестора при наличии «особых обязательств» государства.

Анализируя действия государства, арбитражи определяли «особое обязательство» как дополнительную гарантию государства от изменения регулирования в отношении конкретного инвестора, т.е. персонифицированное обязательство<sup>34</sup>. Как, например, при заключении двустороннего контракта или принятии индивидуального акта в отношении инвестора<sup>35</sup>. Возможность закрепления такого обязательства в законе ранее отрицалась<sup>36</sup>, однако в практике арбитражей последних лет подход изменился<sup>37</sup>. Признается, что «особое обязательство» установлено, когда (а) нормативно закреплённая гарантия обеспечивает определённые права инвестора<sup>38</sup>; (б) целью такой гарантии является привлечение инвестиций<sup>39</sup>; (в) гарантия предоставляется определённому кругу субъектов, например инвесторам в области возобновляемых источников энергии<sup>40</sup>.

Тем не менее изменение «особого обязательства» не всегда ведет к нарушению режима справедливого и равного отношения к инвестору. Так, нарушения не будет, если такое изменение, во-первых, необходимо для достижения публично значимой цели<sup>41</sup>, во-вторых, обусловлено соответствующей социально-экономической

<sup>33</sup> См.: *Parkerings v. Lithuania*. § 333; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*: UNCITRAL Arbitration Proceedings, Partial Award from 17 March 2006. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. § 305.

<sup>34</sup> См.: *El Paso v. Argentina*. § 376; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*: UNCITRAL Arbitration Proceedings, Award from 26 Jan. 2006. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>. § 147; *Total S.A. v. Argentina*: ICSID Case № ARB/04/1, Decision on Liability from 27 Dec. 2010. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>. § 119.

<sup>35</sup> См.: *Parkerings v. Lithuania*. § 332.

<sup>36</sup> См.: United Nations Conference on Trade and Development, Fair and Equitable Treatment, U.N. Sales № E.11.II.D.15 (2012). URL: [http://unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf).

<sup>37</sup> Арбитражи оценивают конкретную нормативную гарантию не с позиции формы, а с позиции содержания.

<sup>38</sup> См.: *El Paso v. Argentina*. § 375, 377.

<sup>39</sup> См.: United Nations Conference on Trade and Development, Fair and Equitable Treatment, U.N. Sales № E.11.II.D.15 (2012). URL: [http://unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf); Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania: ICSID Case № ARB/05/20, Award and separate opinion from 11 Dec. 2013. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>. § 676–677.

<sup>40</sup> См.: *El Paso v. Argentina*. § 375.

<sup>41</sup> См.: *Saluka v. The Czech Republic*. § 305; *EDF (Services) Limited v. Romania*: ICSID Case № ARB/05/13, Award from 8 Oct. 2009. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>. § 293.

обстановкой<sup>42</sup> и, в-третьих, принятые меры были соразмерны подлежащим защите интересам<sup>43</sup>. Наличие трех перечисленных условий в совокупности призвано обеспечить баланс интересов инвесторов и прав государства-реципиента, позволяя последнему вносить необходимые изменения в законодательство, в том числе изменять «особые обязательства», не нарушая режим справедливого и равного отношения к инвестору<sup>44</sup>.

При этом по общему правилу режим справедливого и равного отношения к инвестору не предоставляет инвестору защиту в случае совершения им действий, неразумных с точки зрения предпринимательских рисков<sup>45</sup>. Арбитражи в данном случае либо полагают, что такие действия исключают ответственность государства, либо учитывают их при определении размера подлежащих возмещению убытков<sup>46</sup>.

Вместе с тем невозможно вывести универсальную формулу, определяющую объем обязанности инвестора учитывать социально-экономические и политические условия в государстве-реципиенте. Например, инвестор может утверждать, что он полагался на неизменность «зеленого» тарифа в свете международных обязательств государства по предотвращению климатических изменений<sup>47</sup>. В ответ принимающее государство, ссылаясь на членство в ЕС и/или национальность инвестора, может возражать, что последний должен был разумно ожидать коррек-

<sup>42</sup> См.: *El Paso v. Argentina*. § 372, 373, 400; *Saluka v. The Czech Republic*., § 348; *EDF v. Romania*. § 275.

<sup>43</sup> См.: *Total v. Argentina*. § 123; *Saluka v. The Czech Republic*. § 306.

<sup>44</sup> См.: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*: ICSID Case № ARB/03/17, Decision on Liability from 30 July 2010. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0813.pdf>. § 216; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina*: ICSID Case № ARB/03/23, Award from 11 June 2011. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>. § 1004.

<sup>45</sup> См.: *MTD v. Chile*. § 178; *Suez v. Argentina*. § 209; *National Grid P.L.C. v. Argentina*: UNCITRAL Arbitration Proceedings Case 1:09-cv-00248-RBW, Award from 3 Nov. 2008. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>. § 175; *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*: ICSID Case № ARB/97/7, Award from 13 Nov. 2000. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>. § 69; *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., and LG & E International, Inc. v. Argentina*: ICSID Case № ARB/02/1, Award from 25 July 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>. § 130.

<sup>46</sup> Устоявшейся позиции по данному вопросу нет. См.: *Maniruzzaman A.F.M. The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends* // *J. of World Energy L. & Bus* Vol. 1. 2008. № 2. § 149; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador*: ICSID Case № ARB/04/19, Award from 18 Aug. 2008. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>. § 340.

<sup>47</sup> См.: COM/2011/500 final/ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; 20 20 by 2020. Europe's climate change opportunity; A budget for Europe 2020 — Part II: Policy fiches. URL: [http://ec.europa.eu/health/programme/docs/maff-2020\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/programme/docs/maff-2020_en.pdf); Directive 2009/28/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32009L0028>; *Total v. Argentina*. § 123.

тировки тарифа при изменении обстоятельств, как это произошло в ряде других государств — членов ЕС<sup>48</sup>.

Таким образом, наличие или отсутствие нарушения режима справедливого и равного отношения к инвестору будет во многом зависеть от обстоятельств конкретного дела, в котором арбитраж должен определять, когда изменение ранее установленно-го режима регулирования противоречит законным ожиданиям инвестора, анализируя при этом как действия государства по привлечению инвестиций, так и действия самого инвестора.

### **Может ли государство ссылаться на состояние необходимости как основание освобождения от ответственности за нарушение режима справедливого и равного отношения к инвестору?**

Ссылка на состояние необходимости как обоснование нарушающих международное право действий является классическим вопросом общего международного права. Применительно к инвестиционному арбитражу он приобрел особую актуальность в 2001 г., когда к Аргентине, предпринявшей ряд мер во время экономического кризиса, было предъявлено около 40 исков о защите инвестиций<sup>49</sup>.

Состояние необходимости как основание освобождения от ответственности государства может быть непосредственно включено в двусторонний инвестиционный договор<sup>50</sup> либо же применяться как норма обычного международного права<sup>51</sup>.

Исключения по двустороннему инвестиционному договору предусмотрены для обеспечения регулирования существенных интересов государства, как то: безопасность, общественный порядок, здоровье населения или защита окружающей среды<sup>52</sup>.

Нормами обычного международного права предусмотрено освобождение государства от ответственности за нарушение международных обязательств<sup>53</sup>, если оно обу-

---

<sup>48</sup> Например, Испания, Италия, Чехия.

<sup>49</sup> См.: Alvarez J.E., Khamisi K. The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime // Y.B. INT'L INV. L. & POL'Y. Vol. 2008–2009. 2009. P. 379.

<sup>50</sup> Если действия государства подпадают под предусмотренные двусторонним инвестиционным договором исключения, то нарушения такого договора, а следовательно, и компенсации, нет. Подробнее см.: Alvarez J.E. The public international law regime governing international investment. Boston, 2011. P. 270; CMS Gas Transmission Company v. Argentina: ICSID Case № ARB/01/8, Decision on the Application for Annulment from 25 Sep. 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>. § 130–134.

<sup>51</sup> См.: Newcombe A., Paradell L. Law and practice of investment treaties: standards of treatment. The Hague, 2009. P. 482.

<sup>52</sup> Ibid. P. 482.

<sup>53</sup> См.: Bjorklund A.K. Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure. Oxford, 2008. P. 516.

словлено защитой существенных интересов государства от серьезной и непосредственной опасности (состояние необходимости)<sup>54</sup>.

Соотношение норм о состоянии необходимости и исключений, предусмотренных двусторонним инвестиционным договором, получало различную оценку. Так, изначально арбитражи указывали, что эти нормы дополняют друг друга, однако позднее стали рассматривать положения двустороннего инвестиционного договора как *lex specialis* по отношению к обычной норме международного права<sup>55</sup>. В частности, в деле *CMS v. Argentina* комитет об аннулировании указал, что если нарушение государством прав инвестора подпадает под исключение по двустороннему инвестиционному договору, отсутствует необходимость его анализа на предмет соответствия нормам обычного международного права<sup>56</sup>. Если же двусторонний инвестиционный договор не предусматривает подобного исключения, государство вправе ссылаться на ст. 25 Статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. (далее — Статьи об ответственности государств).

Статья 25 Статей об ответственности государств требует соблюдения шести кумулятивных<sup>57</sup> условий для освобождения государства от ответственности. Остановимся на трех наиболее дискуссионных из них, а именно на (1) необходимости защитить существенный интерес государства от (2) чрезвычайной и неминуемой опасности при (3) отсутствии иной возможности защитить этот интерес.

Специальный докладчик Комиссии по международному праву по вопросу ответственности государств Р. Аго отмечал, что *существенный интерес* государства должен носить исключительный характер<sup>58</sup>: концепция состояния необходимости не может использоваться для оправдания нарушения любого международного обязательства, исполнение которого стало неудобным для государства<sup>59</sup>. В то же время ст. 25 Статей об ответственности государств не содержит даже примерного перечня интересов, которые относятся к существенным. Считается, что само понятие су-

---

<sup>54</sup> См.: ст. 25 Статей Комиссии международного права об ответственности государств за международные противоправные деяния; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*: ICJ Case, Judgment from 25 Sept. 1997. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>. § 51–52; *Bjorklund A.K.* Op. cit. P. 474.

<sup>55</sup> См.: *Bjorklund A.K.* Op. cit. P. 516.

<sup>56</sup> См.: *CMS v. Argentina*. § 133.

<sup>57</sup> См.: *Bjorklund A.K.* Op. cit. P. 475; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. § 51.

<sup>58</sup> См.: Ago R. Special Rapporteur — the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1). Document: A/CN.4/318/Add.5-7. URL: [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_318\\_add5\\_7.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_318_add5_7.pdf). § 13.

<sup>59</sup> См.: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001). Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session. United Nations, 2008. P. 83; *Bjorklund A.K.* Op. cit. P. 476.

щественного интереса не может быть заранее установлено<sup>60</sup> и является ситуативно оцениваемым критерием<sup>61</sup>.

Далее, необходимо, чтобы опасность одновременно была *чрезвычайной и неминуемой*. Критерий чрезвычайности обычно раскрывается через степень его серьезности. Так, опасность должна быть крайне серьезной<sup>62</sup>. Инвестиционные трибуналы строго подходят к оценке этого условия. Например, в серии дел против Аргентины<sup>63</sup>, анализируя критерий чрезвычайности по ст. 25 Статей об ответственности государств, арбитражи пришли к выводу, что аргентинский экономический кризис 1998–2002 гг., несмотря на то что он сопровождался драматическими последствиями в социальной, экономической и политической сферах, не являлся достаточно серьезным, чтобы констатировать наличие состояния необходимости, так как события не вышли из-под контроля властей<sup>64</sup>. Неминуемость, в свою очередь, определяется как то, что находится в абсолютной временной приближенности<sup>65</sup>, или то, что в скором времени должно произойти<sup>66</sup>. Содержание этих критериев тем не менее может расширяться и уточняться при оценке обстоятельств и совокупности относимых фактов по конкретному делу.

И наконец, что понимать под *отсутствием иной возможности защитить существенный интерес*? Комиссия по международному праву указала, что предпринятые государством меры должны быть единственным доступным средством для предотвращения опасности<sup>67</sup>. То есть ответственность государства не исключается, если опасность могла быть предотвращена любыми другими средствами, даже более ресурсозатратными<sup>68</sup>. Вместе с тем в рамках инвестиционных споров высказывается

<sup>60</sup> См.: Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Cambridge, 2002. P. 281; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentina: ICSID Case № ARB/02/1, Decision on Liability from 3 Oct. 2006. URL: <http://www.italaw.com/documents/LGEArgentinaLiability.pdf>. § 251.

<sup>61</sup> См.: Crawford J. Op. cit. P. 281.

<sup>62</sup> См.: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. P. 49.

<sup>63</sup> См.: CMS v. Argentina; Enron v. Argentina; Sempra v. Argentina: ICSID Case № ARB/02/16, Award from 28 Sept. 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>; BG Group Public Limited Company v. Argentina: UNCITRAL Arbitration Proceedings Case № 08-0485, Award from 24 Dec. 2007. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>; National Grid P.L.C. v. Argentina: UNCITRAL Arbitration Proceedings Case 1:09-cv-00248-RBW, Award from 3 Nov. 2008. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>.

<sup>64</sup> См.: Enron Corporation v. Argentina. § 306; CMS Gas Transmission Company v. Argentina; Sempra Energy International v. Argentina; BG v. Argentina; National Grid v. Argentina.

<sup>65</sup> См.: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). § 54.

<sup>66</sup> См.: LG&E v. Argentina. § 253.

<sup>67</sup> См.: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. P. 49.

<sup>68</sup> Ibid.

и иная позиция: альтернативные средства должны не просто иметься, но и быть эффективными для предотвращения опасности<sup>69</sup>. В любом случае действия государства, приведшие к нарушению прав инвесторов по двустороннему инвестиционному договору, следует анализировать через призму их соответствия достижению цели и пропорциональности<sup>70</sup>.

Как показывает практика, доказать наличие вышеизложенных условий по ст. 25 Статей об ответственности государств крайне трудно<sup>71</sup>. В одних и тех же условиях<sup>72</sup> экономического кризиса только в одном деле (*LG&E v. Argentina*) арбитраж признал наличие состояния необходимости, и то лишь на короткий период<sup>73</sup>.

Представляется, что избежать подобных трудностей доказывания возможно только путем включения в двусторонний инвестиционный договор самостоятельных, подробных положений об исключениях, при которых отклонение государства от принятых по такому договору обязательств будет оправданно.

## Выводы

Исследования, проведенные в рамках конкурса в 2015 г., позволяют подвести следующие итоги.

Во-первых, создание ЕС и принятие новых международных обязательств государствами — членами Союза не привело к автоматическому прекращению действия «внутренних» двусторонних инвестиционных договоров и исключению юрисдикции арбитражей по рассмотрению инвестиционных споров. Вместе с тем возможность противоречивого толкования и применения права ЕС арбитражами представляет собой угрозу единому правопорядку ЕС. Эта проблема, в частности, проявилась после вынесения решения по делу *Micula v. Romania*<sup>74</sup>, где рассматривался вопрос об отмене Румынией как противоречащих праву ЕС норм о предоставлении государственной поддержки производителям в слаборазвитом регионе страны. Комиссия ЕС запретила Румынии исполнять данное решение, указав, что это могло бы привести к нарушению права ЕС и обязательств Румынии. Сложившаяся ситуация диктует необходимость дополнительного согласования единого подхода непосредственно государствами — членами ЕС. Напрашивающееся сравнение политики ЕС и ЕАЭС

<sup>69</sup> См.: *Sempra v. Argentina*. § 48.

<sup>70</sup> См.: *Reinisch A. Necessity in International Investment Arbitration*. Getzville, 2007. P. 201.

<sup>71</sup> См.: *Bjorklund A.K.* Op. cit. P. 475.

<sup>72</sup> См. сноску 64.

<sup>73</sup> См.: *LG&E v. Argentina*. § 251–257.

<sup>74</sup> См.: Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>.

заставляет задуматься о причинах выбора иного пути ЕАЭС. Оправдан ли он и не приведет ли к последующей фрагментации права ЕАЭС?

Во-вторых, задача любого юрисдикционного органа — обеспечить баланс интересов сторон. В инвестиционных спорах формируется устойчивая практика, согласно которой вопрос об ответственности государства за отмену законодательно предусмотренных гарантий рассматривается в контексте повышения ответственности инвестора за принятие хозяйственных решений. Практическая значимость исследований о законных ожиданиях инвесторов подтверждается недавним решением по делу против Испании. Арбитраж не признал Испанию нарушившей законные ожидания инвесторов в отношении «зеленых» тарифов<sup>75</sup>.

В-третьих, принятие мер для предотвращения угрозы собственным существенным интересам позволяет государству избежать ответственности за нарушение обязательств, принятых в рамках двусторонних инвестиционных договоров. При наличии в них соответствующей оговорки справиться с бременем значительно легче, нежели ссылаясь на нормы обычного международного права о состоянии необходимости. Однако далеко не каждый такой договор содержит подобное исключение. В частности, Типовое соглашение между Правительством РФ и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, одобренное в качестве основы для переговоров с представителями правительств иностранных государств постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 № 456, такого положения не содержит. Следовательно, в случае предъявления иска по двустороннему инвестиционному договору, заключенному на основании Типового соглашения РФ, Россия сможет сослаться только на нормы общего международного права о состоянии необходимости. Полагаем, что было бы целесообразно внести в Типовое соглашение РФ изменения и указать случаи, исключающие ответственность государства за принятие мер по защите существенных интересов.

В завершение отметим следующее. Хотя в названии конкурсов по праву в форме судебных процессов содержится слово «игровые» (*moot courts*), они являются самым приближенным к практике способом для студента принять участие в рассмотрении актуального спора по праву в международном суде или арбитраже. Встретившись лицом к лицу с командой из другого вуза, студенты могут изложить свои юридические аргументы практикующим юристам, бывшим и действующим судьям и арбитрам, а также ведущим исследователям в соответствующей области права. Бонусом команда получает полгода интересного исследования и подготовки к конкурсу, а также крепкую дружбу на всю жизнь.

---

<sup>75</sup> См.: Charanne and Construction Investment v. Spain. SCC. Подробнее о деле см.: URL: [http://globalarbitrationreview.com/news/article/34513/spain-wins-first-solarcase/?utm\\_source=Law+Business+Research&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=6705105\\_GAR+Briefing&dmi=1KSf%2C3ZPOX%2CK4FZK3%2CEFOCP%2C1](http://globalarbitrationreview.com/news/article/34513/spain-wins-first-solarcase/?utm_source=Law+Business+Research&utm_medium=email&utm_campaign=6705105_GAR+Briefing&dmi=1KSf%2C3ZPOX%2CK4FZK3%2CEFOCP%2C1).